

VU Research Portal

Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast

van Wees, K.A.P.C.

published in

Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
2006

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Wees, K. A. P. C. (2006). Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 9, 124-128.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast

*Mr. K.A.P.C. van Wees**

Inleiding

Op 12 september 2006 vond in de Eerste Kamer de plenaire behandeling van het wetsvoorstel affectieschade¹ plaats.² De uitkomst van het debat is dat het wetsvoorstel wordt aangehouden. Bij een aantal fracties is te elfder ure alsnog twijfel gerezen over de vraag of er wel maatschappelijke behoefte bestaat aan een recht op vergoeding van affectieschade. Men wenst daarom eerst de resultaten van een lopend onderzoek van Akkermans c.s. naar de wensen, behoeftes en verwachtingen van slachtoffers af te wachten.

Deze gang van zaken kwam voor velen onverwacht. De jarenlange discussie over de wenselijkheid van vergoeding van affectieschade, die reeds ten tijde van de totstandkoming van het Nieuw BW werd gevoerd, leek al enige tijd definitief ten gunste van naasten te zijn beslist. Hoewel het wetsvoorstel veel kritiek heeft ontmoet, richtte het (parlementaire) debat zich de laatste jaren ook niet meer zozeer op de vraag of naasten aanspraak dienden te hebben op smartengeld (de 'of-vraag'), maar vooral op de vraag hoe een dergelijke regeling precies vormgegeven diende te worden (de 'hoe-vraag'). Daarbij werden de keuzes van de regering eerder te beperkt dan te ruimhartig bevonden. De kritische houding van de Eerste Kamer die tot aanhouding van het wetsvoorstel heeft geleid, is in dat licht nogal opmerkelijk. Om dat te laten zien zal ik eerst de voorgeschiedenis van het wetsvoorstel nog een keer in herinnering roepen. Daarna geef ik een schets van het debat in de Eerste Kamer dat tot uitstel heeft geleid.

Voorgeschiedenis

Affectieschade kan worden omschreven als nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat men lijdt doordat een persoon met wie men een affectieve relatie heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.³ Deze schade komt op basis van het bestaande Nederlandse recht niet voor vergoeding in aanmerking. Dit vloeit voort uit de beperkingen die in artikel 6:106 BW worden gesteld aan het recht op vergoeding van immateriële schade in combinatie met het exclusieve en limitatieve stelsel zoals dit is vastgelegd in artikel 6:107 en artikel 6:108 BW. Derden hebben op basis van dit stelsel slechts recht op vergoeding van verplaatste schade (in geval van letsel) en op vergoeding van begrafeniskosten en genderfd levensonderhoud (in geval van overlijden). Kortom, naasten hebben in dit stelsel geen recht op vergoeding van immateriële schade die het gevolg is van het overlijden of de verwonding van een dierbare.

De keuze voor uitsluiting van affectieschade is bij de totstandkoming van het huidige BW bewust gemaakt. Door de minister werden de volgende argumenten tegen vergoeding van affectieschade in stelling gebracht:⁴

- Hoe schrijnender het leed waarom het gaat, hoe groter de weerstand tegen de gedachte dat men dit op enigerlei wijze met geld zou kunnen vergoeden. Dit spreekt het sterkst juist in de gevallen van verdriet om anderen.
- Vergoedbaarheid van affectieschade leidt tot 'commercialisering' van verdriet, waarbij bijvoorbeeld een weduwe tijdens de procedure het verdriet 'op peil' zal moeten houden en derhalve onder meer geen nieuwe relatie zal moeten aangaan.
- Vergoedbaarheid van dit soort schade leidt tot onsmakelijke procespraktijken, omdat de gedaagde er belang bij heeft de kwaliteit van de affectieve relatie in twijfel te trekken.

Deze keuze was echter niet onbetwist. Juist ook in de Eerste Kamer waren kritische geluiden te horen. Zo vroeg de vaste commissie voor Justitie zich af of deze uitsluiting wel terecht was, en plaatste vraagtekens bij de door de minister aangevoerde argumenten:⁵

'Het eerste argument geldt tegen iedere vorm van immateriële schadevergoeding. Vgl. PG boek 6, p. 382/383. Desondanks wordt immateriële schadevergoeding niet in de ban gedaan. De andere twee argumenten vinden geen steun in de literatuur in andere landen (Engeland, Frankrijk, BRD, Oostenrijk, Zwitserland). Wat betreft een eventuele explosie van schadeclaims: de grenzen worden in de verschillende landen niet op dezelfde wijze getrokken, maar in het algemeen zijn ze toch vrij eng en beperken ze de aanspraak met name tot nauwe affectieve relaties, bijvoorbeeld echtgenoten, samenwonenden, en ouders-kinderen.'

* Met dank aan prof. mr. A.J. Akkermans voor commentaar op eerdere versies.

1. Het wetsvoorstel Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (28 781).
2. Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1798-1803 en p. 1852-1854.
3. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1.
4. PG Boek 6, p. 388-389 (EV I).
5. PG Boek 6, p. 1272 (VV I Inv.). Voorts vroeg de commissie zich af of de uitsluiting *wenselijk* was, aangezien in ons omringende landen wel een aanspraak op vergoeding van affectieschade bestaat.

De minister reageerde daarop door te stellen dat hiervoor genoemde argumenten niet de enige zijn, en bracht in aanvulling daarop nog de volgende punten naar voren:⁶

- Artikel 6:106 BW beoogt een excessieve ontwikkeling van vergoeding voor immateriële schade te voorkomen door deze te beperken tot de gevallen waar zij niet gemist kan worden en door de omvang ervan te koppelen aan factoren die toekenning van excessieve bedragen kunnen beletten.
- Vergoeding van affectieschade compliceert de juridische afwikkeling van de gevolgen van een ongeval en leidt daardoor tot een zwaardere belasting van de rechterlijke macht.
- Een vordering van derden ter zake van immateriële schade wegens overlijden past niet, nu ook derden in geval van letsel geen aanspraak op vergoeding van immateriële schade toekomt.⁷
- De toename van het aantal risicoaansprakelijkheden in het (nieuwe) Burgerlijk Wetboek noodzaakt tot terughoudendheid ten aanzien van de omvang van de schadevergoedingsplicht, in het bijzonder ook ter zake van immateriële schade.

In de literatuur gingen in de loop van de tijd steeds meer stemmen op om affectieschade te vergoeden.⁸ Ter rechtvaardiging is in de eerste plaats gewezen op de inconsistenties in de toekenning van smartengeld. Aanmerkelijk minder ernstige vormen van leed, zoals een bedorven vakantie of de ondergang van een bedrijf, kunnen naar bestaand recht wel aanleiding geven tot vergoeding van immateriële schade. Dat het leed van een naaste door een vergoeding niet teniet wordt gedaan, is een argument dat tegen vergoeding van immateriële schade in het algemeen valt in te brengen. Ook is aangevoerd dat vergoeding van affectieschade als nuttige bijwerking een therapeutisch effect kan hebben doordat het erkenning en genoegdoening biedt. Voorts is erop gewezen dat alle in de parlementaire geschiedenis genoemde argumenten tegen vergoeding van affectieschade te ondervangen zijn door een wettelijke regeling met een vaste kring van gerechtigden en gefixeerde bedragen.

Dat het ontbreken van een recht op vergoeding van affectieschade in toenemende mate op onbegrip stuit, komt ook tot uitdrukking in pogingen van burgers om de grenzen van het gesloten systeem te verkennen, waarop de rechtspraak de grenzen heeft opgezocht. Voorbeelden hiervan zijn het Baby Joost-arrest⁹ en het Taxibus-arrest.¹⁰ In het eerste arrest vorderden de ouders immateriële schadevergoeding in verband met het door een medische fout zowel lichamelijk als geestelijk gehandicapt raken van hun kind. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep. In het tweede arrest heeft de Hoge Raad de criteria ter beoordeling van shockschadeclaims uiteengezet, dit na te hebben aangegeven dat het binnen het huidige wettelijke stelsel de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat een vergoeding ter zake van affectieschade toe te wijzen.¹¹ Overigens geeft de Hoge Raad daarbij aan dat niet valt uit te sluiten dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoetkomt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.¹²

Ook vanuit de politiek werd aangedrongen op een wettelijke regeling. Nadat de Hoge Raad het cassatieberoep van de ouders van baby Joost had verworpen, besloten de Kamerleden Vos (VVD), Santi (PvdA) en Dittrich (D66) een motie¹³ in te dienen waarin het kabinet werd verzocht een wetsvoorstel naar de kamer te sturen. De leden van de fracties van de SP, GroenLinks, de PvdA, D66, de VVD en het CDA stemden voor deze motie. De overige fracties (SGP, RPF en GPV) stemden tegen.¹⁴

Het uiteindelijk op 6 februari 2003 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel¹⁵ houdt in hoofdlijnen in dat door aanpassing van artikel 6:107 en 6:108 BW een aantal nader omschreven naasten zowel in geval van overlijden als in geval van ernstig en blijvend letsel een recht op vergoeding van affectieschade wordt toegekend. Het bedrag zal bij AMvB worden vastgesteld, waarbij de minister denkt aan € 10.000.¹⁶ Het werken met een gefixeerd bedrag wordt gemotiveerd met de achterliggende doelstelling van het wetsvoorstel. Het beoogt in de eerste plaats erkenning en genoegdoening te verschaffen. Compensatie is hooguit een motief op de achtergrond, nu het wegnemen van dit leed door schadevergoeding slechts op gebrekkige wijze kan worden verwezenlijkt.¹⁷ Verder is de minister van mening dat vooral bij deze vorm van schade het in het belang van alle betrokkenen is om duidelijkheid te bieden teneinde conflicten te voorkomen. Een stelsel dat naasten dwingt om langdurig met de veroorzaker te debatteren en mogelijk zelfs een rechterlijke procedure te beginnen, werkt naar de inschatting van de minister averechts ten opzichte van wat met de vergoeding van affectieschade wordt beoogd, namelijk erkenning en genoegdoening voor naasten met zo min mogelijk jurisdisering en rompslomp.

Behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer

De meeste Tweede Kamerfracties, vertegenwoordigd in de vaste commissie voor Justitie, stemden in algemene zin in met het wetsvoorstel.¹⁸ Zo stelde het CDA dat de politiek niet blind kan zijn

6. PG Boek 6, p. 1273-1277 (MvA I Inv.). Naar aanleiding van de opmerking van de commissie dat het Nederlandse recht uit de pas loopt bij dat van ons omringende landen, stelt de minister na enige rechtsvergelijkende beschouwingen dat het internationaal gezien om een omstreden kwestie gaat, waarbij de argumenten over en weer tot uiteenlopende afwegingen kunnen leiden.
7. Verheij wijst erop dat hier sprake blijkt te zijn van een cirkelredenering. De afwijzing van een recht op vergoeding van immateriële schade voor de nauwe verwanten van een gewonde wordt namelijk op haar beurt gerechtvaardigd met het argument dat naasten dat recht ook niet toekomt in geval van overlijden (PG Boek 6, p. 1284). A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schadevergoeding wegens aantasting in de persoon (diss. Amsterdam VU), 2002, p. 200.
8. Daarbij kunnen vooral de namen van S.D. Lindenbergh (Smartengeld, diss. Leiden 1998, p. 173 e.v.) en A.J. Verheij (Smartengeld voor naasten: tijd voor een wettelijke regeling, NJB 2001, p. 61 e.v.) worden genoemd. Zie voor een korte weergave van de in de literatuur voor en tegen vergoeding van affectieschade aangevoerde argumenten: Verheij, diss., p. 205-207.
9. HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 m.nt. ARB.
10. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV.
11. R.o. 4.2.
12. R.o. 4.2.
13. Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 31.
14. Handelingen II 2000/01, nr. 22, p. 1699.
15. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 1-2.
16. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.
17. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 2.
18. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 1-3.

voor de maatschappelijke ontwikkelingen op dit terrein en de pogingen van de rechtspraak om affectieschade toe te kennen aan naasten. De PvdA stelde vast dat met het voorstel tegemoet wordt gekomen aan een al weer enige tijd geleden geuite wens van de meerderheid van de Tweede Kamer. De VVD verklaarde het met de regering eens te zijn dat de wetgever zélf de grenzen in dezen moet trekken in plaats van de ontwikkelingen over te laten aan de jurisprudentie, en was voorts van mening dat dit wetsvoorstel in zijn algemeenheid een positieve bijdrage levert aan de slachtofferzorg in brede zin.

Wel werden door de diverse fracties een aantal kritische kanttekeningen geplaatst bij de wijze waarop het wetsvoorstel is vormgegeven.¹⁹ De kritiek richtte zich vooral op de gesloten kring van gerechtigden, het voornemen te werken met een gefixeerd bedrag aan schadevergoeding en de onbepaaldheid van het begrip 'ernstig en blijvend letsel'. Deze kritiek heeft tot een aantal aanpassingen van het wetsvoorstel geleid, waarvan de toevoeging van een hardheidsclausule op het punt van de gesloten kring van gerechtigden de belangrijkste was.²⁰ Deze hardheidsclausule opent de gesloten kring van gerechtigden en houdt in dat degene die ook een zeer nauwe band met de gekwetste of overledene heeft, maar niet tot de kring van gerechtigden behoort, aanspraak kan maken op smartengeld. Hoewel er ook veel kritiek was op het voornemen te werken met een vast bedrag, werd een door Kamerlid Luchtenveld (VVD) voorgestelde motie waarin de regering werd verzocht de AMvB zo op stellen dat gerechtigden wordt toegelaten het bewijs te leveren dat in hun specifieke geval de vergoeding van affectieschade op een hoger bedrag dient te worden vastgesteld, uiteindelijk niet ingediend. Dit, nadat de minister had aangegeven dat in de AMvB de hoogte van de bedragen kan worden gevarieerd.²¹

Voorts werd de vraag aan de orde gesteld of het wetsvoorstel wel ver genoeg ging, in die zin dat bijvoorbeeld de vergoeding van inkomensschade waarmee naasten van personen die ernstig letsel hebben opgelopen, worden geconfronteerd, zeker zo belangrijk is als de vergoeding van affectieschade. Dit bracht de Kamerleden Wolfsen (PvdA) en Luchtenveld (VVD) ertoe een motie in te dienen inhoudende het verzoek aan de regering wetgeving in voorbereiding te nemen waardoor directe naasten en werkgevers de door hen geleden inkomens- en andere schade beter dan nu kunnen verhalen op de veroorzaker.²² Deze motie werd samen met het wetsvoorstel met algemene stemmen aangenomen.²³

Behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer

In de daaropvolgende behandeling in de Eerste Kamer werden opnieuw kritische kanttekeningen geplaatst bij het wetsvoorstel. Met name de fracties van CDA en VVD toonden zich zeer kritisch over het wetsvoorstel. Bovendien nam het debat plots een andere wending.

Zo stelde de CDA-fractie opeens de vraag aan de orde of er überhaupt wel behoefte bestaat aan een wettelijke regeling.²⁴ Naar het oordeel van de CDA-fractie noodzaakt de bestaande rechtspraak, zoals die uit de gevoerde procedures blijkt, niet tot de hier aan de orde zijnde voorstellen, en leggen naasten die in het voorgestelde systeem aanspraak maken op smartengeld, zich er thans zonder

problemen bij neer dat dit in het huidige stelsel niet mogelijk is. Ook is naar hun oordeel niet gebleken van enige maatschappelijke druk van betekenis tot aanpassing van het wettelijk stelsel, terwijl het aantal personen dat tracht vergoeding van affectieschade te verkrijgen via de weg van shockschade, zeer beperkt is.²⁵

De minister antwoordde dat hij dit beeld niet kan onderschrijven,²⁶ daarbij verwijzend naar de in het kader van de totstandkoming van het voorstel geconsulteerde expertgroep en het door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak uitgebrachte advies.²⁷ Ook verwees hij naar de door de Tweede Kamer aanvaarde motie die de directe aanleiding vormde voor dit wetsvoorstel.

De VVD-fractie vroeg aan de minister of er gegevens van sociaal-wetenschappelijk onderzoek aanwezig zijn ter ondersteuning van de aannames in het wetsvoorstel ter verdediging van de keuze voor een gefixeerd bedrag.²⁸ De minister antwoordde dat deze aannames worden ondersteund door onder andere Slachtofferhulp Nederland, die heeft aangegeven dat slachtoffers graag van tevoren willen weten waar ze aan toe zijn, en daarom voorstander is van een vast bedrag. Voorts stelde de minister dat de voordelen van een vast bedrag bovendien impliciet bevestigd worden in het rapport van de Ombudsman over de letselschaderegeling, waaruit blijkt dat een slachtoffer die probeert zijn leven weer op te pakken, daarin belemmerd wordt door een gecompliceerde schaderegeling die hem belet een punt te zetten achter de traumatische gebeurtenis.²⁹ Desalniettemin verklaarde de minister niet bekend te zijn met specifiek sociaalwetenschappelijk onderzoek dat deze aan-

19. Ook in de literatuur zijn bij het wetsvoorstel vele kritische kanttekeningen geplaatst. Zie o.a. T. Hartlief, Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten, NTBR 2003, p. 72-82; A.J. Verheij, Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden, Oproep aan de minister van Justitie voor een meer systematische en empirisch onderbouwde aanpak, VR 2005, p. 205-211; S.D. Lindenbergh, Wetsvoorstel affectieschade kan veel simpeler, NJB 2005, p. 841-843. De kritiek komt er kort gezegd op neer dat de door de wetgever op deze punten gemaakte keuzes zich nu juist slecht lijken te verhouden met de doelstellingen van het wetsvoorstel: erkenning en genoegdoening te verschaffen aan naasten. In ieder geval wordt erop gewezen dat de gemaakte keuzes niet gebaseerd zijn op empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek.

20. Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 9.

21. Handelingen II 2004/05, nr. 60, p. 3881-3882.

22. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 10.

23. Handelingen II 2004/05, nr. 62, p. 3984. Inmiddels is er een (niet-openbaar) concept-wetsvoorstel. Zie de bijdrage van Lindenbergh in dit nummer.

24. Deze uitspraak staat in opvallend contrast met de uitspraken van de woordvoerder van de CDA-fractie in de Tweede Kamer. Zo stelt mevrouw Joldersma bij de behandeling in eerste termijn: 'Het is goed dat met dit wetsvoorstel een lacune in de wetgeving wordt opgevuld' (Handelingen II 2003/04, nr. 87, p. 3874). En in tweede termijn stelt ze: 'Waarom zijn wij hier in tweede termijn bij elkaar? Het wordt tijd dat affectieschade nu eindelijk wettelijk wordt geregeld en dat het leed van naasten en verwanten van het slachtoffer wordt erkend' (Handelingen II 2004/05, nr. 60, p. 3874).

25. Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D, p. 2.

26. Kamerstukken I 2005/06, 28 781, E, p. 3-4.

27. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 9-10. Het advies van de NVVR is ook te vinden op www.nvvr.org/nl.

28. Kamerstukken I 2004/05, 28 781, B, p. 2.

29. Stichting de Ombudsman, Letselschaderegeling 'onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid', Rapport Stichting de Ombudsman, Hilversum, 2003.

names ondersteunt. Dit was voor hem aanleiding om ook in meer brede zin onderzoek te laten verrichten naar de verwachtingen die slachtoffers en hun naasten van het aansprakelijkheidsrecht hebben, en wat in dezen hun behoeftes zijn.³⁰ Dit onderzoek wordt momenteel uitgevoerd door de Vrije Universiteit van Amsterdam onder leiding van Akkermans.

Naar aanleiding van het antwoord van de minister vroeg de VVD-fractie zich af of het aanbeveling verdient de verdere behandeling van het wetsvoorstel aan te houden totdat de resultaten van het onderzoek bekend zijn.³¹ De minister verklaarde daar niet voor te voelen. In de eerste plaats kent het onderzoek een bredere strekking en is het in meer algemene zin gericht op de vraag of de inrichting van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wel voldoende tegemoetkomt aan behoeftes van slachtoffers en hun naasten. In de tweede plaats betreft het een kwalitatief onderzoek dat op korte termijn nog niet tot generaliseerbare uitkomsten zal leiden. Ten slotte biedt het wetsvoorstel de mogelijkheid van het vaststellen van bedragen bij AMvB, zodat deze, zo de resultaten van het onderzoek daar aanleiding toe mochten geven, relatief eenvoudig kunnen worden aangepast.³²

Tijdens de plenaire behandeling op 12 september 2006 bleven de fracties van CDA, VVD en SGP grote vraagtekens zetten bij het wetsvoorstel en gaven er de voorkeur aan de uitkomsten van het onderzoek van Akkermans c.s. af te wachten.³³ De minister stelde dat gezien deze twijfels het verstandig is om met de onderzoekers in overleg te treden om te bezien of de onderzoeksopdracht verruimd kan worden, zodat ook de vraag naar de behoefte voorwerp van het onderzoek kan worden. De minister acht het beter om eerst het resultaat van het onderzoek af te wachten, alvorens het wetsvoorstel verder te behandelen.³⁴

Een onverwachte wending

Zoals in het voorgaande is besproken, kan worden vastgesteld dat zich in het politieke debat rond het wetsvoorstel affectieschade een kanteling heeft voorgedaan. Nadat geruime tijd alleen de 'hoe-vraag' ter discussie stond, is nu toch weer de 'of-vraag' teruggekomen: bestaat er überhaupt wel behoefte aan een vorm van vergoeding van affectieschade?

Ook Donner spreekt in zijn reactie in het debat in de Eerste Kamer zijn verbazing hierover uit. Hij wijst erop dat het wetsvoorstel het resultaat is van een lange discussie over de vraag of affectieschade voor vergoeding in aanmerking komt:³⁵

'In het kader van het nieuwe BW spraken wij af, niet tot een regeling te komen. Dat stuitte toen onder andere in deze Kamer op opmerkingen dat dit betreurd werd en dat men wel een regeling wenste. Nu die regeling er is, is het geluid in de Kamer weer een ander. Maar goed, zo gaat het.'

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, werd bij de totstandkoming van het BW juist in de Eerste Kamer aan de juistheid van uitsluiting getwijfeld. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de toenmalige afwijzing van een recht op vergoeding van affectieschade haar motivatie niet zozeer vond in een verondersteld ont-

breken van een behoefte aan vergoeding van dergelijke schade, maar in argumenten die veelal van meer praktische aard zijn (pijn en verdriet laten zich niet in geld uitdrukken, vergoeding leidt tot 'commercialisering' van verdriet en tot onsmakelijke procespraktijken, het compliceert de juridische afwikkeling van een ongeval en werkt een claimcultuur in de hand) en die bovendien in belangrijke mate hun gewicht verloren door de vormgeving van het wetsvoorstel.

Voorts wijst Donner op het feit dat de directe aanleiding voor dit wetsvoorstel nu juist een door de Tweede Kamer aangenomen motie naar aanleiding van het Baby Joost-arrest was.³⁶

In het debat wijst de minister ook nogmaals op de constatering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, die heeft laten weten dat de rechterlijke macht geconfronteerd wordt met een groeiend aantal procedures, waarbij verwanten trachten enige genoegdoening te krijgen.³⁷ Inderdaad kan worden vastgesteld dat in de lagere rechtspraak pogingen worden gedaan de reikwijdte van de door de Hoge Raad in het Taxibus-arrest geformuleerde criteria op te rekken. De lagere rechters houden echter vast aan de door de Hoge Raad in dit arrest geformuleerde voorwaarden en zijn niet bereid te anticiperen op het wetsvoorstel.³⁸ Wat dit laatste betreft, wordt doorgaans met verwijzing naar het Taxibus-arrest gesteld dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat een vergoeding ter zake van affectieschade toe te wijzen.³⁹

Illustratief voor de terughoudende opstelling van de lagere rechters is de volgende overweging van de Rechtbank Maastricht:⁴⁰

'4.9. Ook al heeft de wetgever – nog niet zo lang geleden – heel weloverwogen voor dit stelsel gekozen, inmiddels is niettemin een aanpassing daarvan aanstaande. In de Eerste Kamer van de Staten-Generaal wordt op dit moment een wetsvoorstel (nummer 28781) behandeld, waarin onder meer bepaalde nabestaanden een recht op (een beperkte, naar omvang gefixeerde) schadevergoeding wordt toegekend in geval van het overlijden van een "naaste". Deze schadevergoeding is met name bedoeld als compensatie voor door de nabestaanden geleden affectieschade.

30. Kamerstukken I 2005/06, 28 781, C, p. 3-4.

31. Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D, p. 1.

32. Kamerstukken I 2005/06, 28 781, E, p. 3.

33. Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1798-1803.

34. Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1853.

35. Ook stelt Donner dat ook verzekeraars het in toenemende mate moeilijk vinden de vergoeding van affectieschade categorisch af te wijzen. 'Niemand wil de eerste zijn, dan liever een duidelijke regeling.' Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1852.

36. Dit gegeven brengt Donner tot de volgende opmerking: 'U zult begrijpen dat ik na het debat van vanochtend niet verwonderd ben dat ik in deze Kamer bij wetsvoorstellen die beginnen met een motie in de Tweede Kamer, minder verwachtingen moet hebben over de houding in de Eerste Kamer.' Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1853.

37. Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1852.

38. Zie de bijdrage van Vos & Dans elders in dit nummer.

39. Zie bijv. Rb. Maastricht 22 maart 2006, LJN AV7273.

40. Rb. Maastricht 3 mei 2006, LJN AX0354, r.o. 4.9.

In zijn arrest van 22 februari 2002 (NJ 2002, 240, Taxibus) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om in verband met het recht op vergoeding van affectieschade, in afwijking van het wettelijk stelsel, op dit moment zonder meer een vergoeding toe te kennen. Dat betekent ook dat de rechter niet op de invoering van de (aanstaande) wetgeving inzake de vergoedbaarheid van affectieschade mag vooruitlopen door aanspraken op schadevergoeding toe te kennen langs de lijnen uitgezet in het wetsvoorstel (...).

De ruimte voor de feitenrechter om op dit moment, langs de weg van de interpretatie of de anticipatie op aanstaande wetgeving, te komen tot toewijzing van een aanspraak op affectieschade is daarmee in wezen tot nul gereduceerd. Aan eisers' appèl om voldoende ruimte te nemen, of zelfs grenzen te verleggen, bij de beoordeling van het primair gevorderde kan daarom geen gevolg worden gegeven.'

De minister voert ook aan dat ook in andere landen steeds vaker een recht op vergoeding van affectieschade wordt erkend.⁴¹ De meeste rechtssystemen in Europa voorzien inmiddels in dergelijk recht,⁴² waarbij overigens wel een onderscheid gemaakt kan worden tussen stelsels die een aanspraak op vergoeding van affectieschade beperken tot gevallen van overlijden,⁴³ en stelsels die ook een aanspraak toekennen in gevallen van ernstig letsel.⁴⁴

Tevens wijst de minister erop dat een recht op vergoeding van affectieschade is erkend in de *Principles of European Tort Law*. Deze 'principles' zijn opgesteld door de European Group on Tort Law, een groep van rechtswetenschappers die zich heeft beziggehouden met het formuleren van beginselen van Europees aansprakelijkheidsrecht ten behoeve van de verbetering en de harmonisatie van het Europese aansprakelijkheidsrecht. Affectieschade komt aan de orde in artikel 10:301 (Non-Pecuniary Damage). In de toelichting bij de betreffende bepaling wordt over de toekenning van smartengeld aan naasten opgemerkt:⁴⁵

'The existence of these damages in fatal cases was never seriously challenged in our discussions. There was more controversy about such awards to relatives in non-fatal cases, mainly because of the greater practical difficulties. However, the majority view was that they should be accepted.'

Zoals gezegd heeft de minister zich door de kritische houding van de Eerste Kamer niettemin genoodzaakt gezien eerst het resultaat van het onderzoek van Akkermans c.s. af te wachten, alvorens het wetsvoorstel verder te behandelen. Hoewel sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar de behoeftes van slachtoffers en hun naasten vanzelfsprekend valt toe te juichen, kan men zich echter afvragen of aanhouding van het wetsvoorstel in dit geval een gelukkig resultaat is, en of het wordt gerechtvaardigd door de in de Eerste Kamer gerezen twijfels.

Naast de door de minister naar voren gebrachte aanwijzingen voor het bestaan van een maatschappelijke behoefte aan vergoeding van affectieschade kan in dit verband ook nog gewezen worden op het feit dat in ieder geval in juridische kringen in ruime mate

draagvlak bestaat voor een wettelijke regeling op dit terrein. Dit kan worden opgemaakt uit de uitslag van de tijdens de algemene vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging gehouden stemming⁴⁶ over de vraagpunten bij het preadvies van Du Perron.⁴⁷ De vraag of er in het Nederlandse recht een recht op vergoeding van affectieschade moet worden ingevoerd, beantwoordde de meerderheid bevestigend. Op een ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van het blad *Verkeersrecht* gehouden symposium gaf driekwart van de aanwezigen aan voor invoering van smartengeld voor nabestaanden te zijn. Twee op de drie waren voor invoering van smartengeld voor naasten van ernstig gewonden.⁴⁸

Ten slotte kan de vraag worden gesteld of aanhouding van het wetsvoorstel in dit geval wel de meest voor de hand liggende optie was, althans voor zover de twijfel van de Eerste Kamer betrekking heeft op de vraag of het wetsvoorstel *in zijn huidige vorm* – door uit te gaan van één gefixeerd bedrag zoals de minister wil – wel aan een reële behoefte van slachtoffers voldoet. Het wetsvoorstel voorziet immers in vaststelling van (een) schadevergoedingsbedrag(en) bij AMvB, zodat wanneer de resultaten van het onderzoek van Akkermans c.s. daartoe aanleiding geven, deze relatief gemakkelijk 'verwerkt' zouden kunnen worden.⁴⁹

Het resultaat is nu dat het wetsvoorstel zo'n twee jaar in de ijskast wordt gezet en dat we zullen moeten afwachten of van uitstel geen afstel komt.

*Mr. K.A.P.C. van Wees, universitair docent
privaatrecht Vrije Universiteit Amsterdam*

41. Minister Donner noemt de volgende landen: België, Frankrijk, Luxemburg, het Verenigd Koninkrijk, Schotland, Italië, Spanje, Portugal, Zwitserland, Zweden, Finland, Noorwegen, IJsland, Oostenrijk, Griekenland, Servië, Slovenië, Kroatië, Bulgarije, Liechtenstein en Turkije.
42. L. Schreuder, Smartengeld in het buitenland. Overzicht van de richtlijnen voor smartengeld in diverse Europese Landen, in: Smartengeld, Den Haag: ANWB 2006, p. 14-20; M. Bona, P. Mead & S. Lindenberg, Fatal Accidents and Secondary Victims, St. Albans: XPL publishing 2005.
43. Zie Bona, Mead & Lindenberg 2005, p. 422 e.v.
44. Zie Bona, Mead & Lindenberg 2005, p. 428 e.v.
45. Principles of European Tort Law, Text and Commentary, European Group on Tort Law, Wenen/New York: Springer 2005, p. 173.
46. Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht, Verslag van de op 13 juni 2003 te Alkmaar gehouden algemene vergadering, p. 86-87. Over de vraag of een regeling van het recht op vergoeding van affectieschade dient uit te gaan van gefixeerde bedragen, waren de meningen verdeeld. Voorts was een meerderheid van oordeel dat bij opzettelijk onrechtmatig handelen recht dient te bestaan op volledige vergoeding van alle daardoor veroorzaakte materiële en immateriële schade.
47. C.E. du Perron, Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in het civiele recht, in: Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht, Pre-advies Nederlandse Juristen-Vereeniging 2003, p. 105-161.
48. T. Hartlief, Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht. Enkele opmerkingen over een wetsvoorstel naar aanleiding van een jubileum, VR 2004, p. 1-6. Voorts verkoos ruim de helft van de aanwezigen een beperkte kring van gerechtigden met een hardheidsclausule (conform het huidige wetsvoorstel) boven een beperkte kring zonder hardheidsclausule of een door de rechter vast te stellen kring. Wat betreft de hoogte van het smartengeld, gaf 44% de voorkeur aan normeren met een variabel bedrag tussen een minimum en maximum per soort relatie boven het werken met een vast bedrag of het door de rechter naar billijkheid laten vaststellen van het bedrag.
49. De minister geeft ook aan dat dit het beoogde doel van het door hem uitgezette onderzoek is: te bezien of het wenselijk is te differentiëren in bedragen. Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1854.